



Concepto 246411 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000246411

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000246411

Fecha: 20/06/2023 07:41:08 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Provisión. Rad. 20239000279112 del 11 de mayo de 2023.

Reciba un cordial saludo de parte de función pública, acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual se solicita concepto en relación con aspectos relativos a la provisión de empleos de gerente o directores regionales de los establecimientos públicos del orden nacional; al respecto es pertinente señalar:

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación, por lo tanto no somos competentes para pronunciarnos sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades, estas declaraciones le corresponden a los Jueces de la República.

En desarrollo de lo anterior, este Departamento Administrativo emite conceptos técnicos y jurídicos mediante los cuales brinda interpretación general de aquellas normas de administración de personal en el sector público que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, sin que tales atribuciones comporten de manera alguna el ordenar a las entidades u organismos públicos la forma como deben administrar su personal.

La resolución de los casos particulares, como resulta apenas obvio, corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, y además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho. No obstante, lo anterior, a manera de información se tiene lo siguiente:

En relación con el nombramiento de los Gerentes o jefes Seccionales Territoriales de los establecimientos públicos, el artículo 305 de la Constitución Política de Colombia de 1991, señala:

«ARTICULO 305. Son atribuciones del gobernador:

(...)

Escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley.»

De acuerdo con la anterior disposición constitucional, el gobernador tiene la atribución de escoger los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el Departamento, de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, quedando obligado el jefe del establecimiento público a nombrar a quien sea seleccionado por parte del Gobernador.

La anterior disposición constitucional es desarrollada por el artículo 78 de la Ley 489 de 1998¹, en los siguientes términos:

«ARTÍCULO 78.- Calidades y funciones del director, gerente o presidente. (...)

PARÁGRAFO. Los establecimientos públicos nacionales, solamente podrán organizar seccionales o regionales, siempre que las funciones correspondientes no estén asignadas a las entidades del orden territorial. En este caso, el gerente o director seccional será escogido por el respectivo Gobernador, de ternas enviadas por el representante legal.»

Como se puede observar, la anterior disposición reitera lo señalado por la Constitución Política, es decir, que el Gerente o Director Territorial de los establecimientos públicos nacionales, será escogido por el respectivo Gobernador, de ternas enviadas por el representante legal.

El Decreto 1083 de 2015², sobre la designación de los directores o gerentes regionales o seccionales o quienes hagan sus veces, en los establecimientos públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, dispone:

«ARTÍCULO 2.2.28.1. Designación. El Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces será escogido por el Gobernador del Departamento donde esté ubicada físicamente la Regional o Seccional, de terna enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo, la cual deberá estar integrada por personas que cumplan con los requisitos exigidos en el Manual de Funciones y Requisitos de la Entidad y sean escogidos de conformidad con el proceso de selección público abierto que se establece en el presente decreto.

Cuando el área de influencia de una Regional o Seccional abarque dos o más departamentos, el Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces deberá ser escogido de la terna correspondiente, por votación unánime en el primer caso y por la mitad más uno de los respectivos gobernadores, en el segundo caso.

ARTÍCULO 2.2.28.2. Conformación de ternas. La conformación de las ternas de que trata el artículo anterior, se efectuará con las personas que sean escogidas mediante un proceso de selección público abierto.

Los representantes legales de las entidades objeto del presente decreto, efectuarán los trámites pertinentes para la realización del proceso de selección público abierto, el cual podrá efectuarse directamente por la entidad pública, o con universidades públicas o privadas, o con entidades privadas expertas en selección de personal, o a través de convenios de cooperación.

Dicho proceso de selección tendrá en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo y por lo menos deberá comprender la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia.

PARÁGRAFO. El proceso de selección público abierto que se realice en cumplimiento de lo dispuesto en el presente Título, se efectuará bajo los criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, teniendo en cuenta la idoneidad de los aspirantes para el ejercicio de las funciones.»

De las anteriores disposiciones puede inferirse que la obligación de conformar la terna para que el Gobernador escoja a los Directores, Gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el Departamento, es un imperativo de orden constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 305, numeral 13 de la C.P.

Por lo tanto, es claro que la conformación de terna para los Directores, Gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, es indispensable para la selección de la persona que ejercerá dicho cargo.

Ahora bien, sobre el tema objeto de consulta, es necesario señalar que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-1009/10 del siete (7) de diciembre de dos mil diez (2010), Magistrada Ponente: Doctora María Victoria Calle Correa, señaló:

«4.4.1. En primer lugar, porque en la sentencia C-295 de 1995 (MP. Antonio Barrera Carbonell), la Corte ya le concedió a esa diferencia una relevancia decisiva. Efectivamente, en ese caso se presentó una acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 20 y 21 de la ley 119 de 1994, en los cuales se establecía que los Directores Regionales del Sena eran cargos de libre nombramiento y remoción por parte del Director General del Sena. La Sala Plena de la Corte Constitucional estudió, entre otros aspectos, el alcance normativo del numeral 13, artículo 305, de la Constitución, y sostuvo al respecto, que

“la interpretación del art. 305-13 de la Constitución demanda la consideración de los siguientes supuestos materiales y jurídicos: (...)

El director, gerente, presidente o jefe del respectivo establecimiento público nacional debe elaborar unas ternas (dos o más) de aspirantes a ocupar el cargo de gerente o jefe seccional de la entidad en el departamento.

Las ternas deben ser remitidas al gobernador del departamento, para su consideración.

De las ternas en cuestión el gobernador debe “escoger” a la persona que a su juicio debe ser nombrada en el referido cargo.

La persona escogida por el gobernador deberá ser designada por el nominador, esto es, por el director, gerente, presidente o jefe del respectivo establecimiento para llenar la vacante del aludido cargo existente a nivel seccional.”

De igual modo, comprendió que cuando la Constitución usa el término “escoger”, en la norma, le ordena al intérprete respetar el ámbito de autonomía y discrecionalidad, si bien limitado, que tiene el gobernador. Al respecto, se sostuvo:

“la inflexión verbal “escoger” que utiliza la norma, se empleó por el Constituyente en su acepción obvia, cual es la de seleccionar entre varios - los integrantes de las ternas- a quien deba ser propuesto y nombrado para el cargo”.

“4.4.2. En segundo lugar, porque esa jurisprudencia debe seguir teniendo vigencia. Por una parte, porque así lo exige la regla interpretativa del efecto útil, de acuerdo con la cual los vocablos usados por el Constituyente deben entenderse en el sentido de que produzcan efectos, y no en el sentido de que no lo produzcan o produzcan efectos absurdos. Así, en este caso, no podría decirse que la forma de ingreso a un cargo como el de gerente del ICA, debe depender exclusivamente del mérito de los aspirantes, pues de ser esa la interpretación se privaría por completo de eficacia la facultad que la Constitución les confiere a los gobernadores de “escoger”, a partir de la terna enviada, a quienes estén postulados para ocupar el referido cargo. Y esa jurisprudencia debe ser mantenida, por otra parte, porque interpretar que el gobernador tiene la facultad de “escoger” libremente entre los ternados, no priva de efecto útil, en todo caso, al principio ciertamente concurrente, de acceso al poder público en virtud del mérito. Lo que hace es conciliar ese principio con otros, que están latentes en la atribución que la Carta le otorga al gobernador de escoger entre los ternados a quien debe ser designado. Se trata de conciliar la primacía del mérito con los principios, expresamente reconocidos como subyacentes a esa facultad en la sentencia C-295 de 1995, de descentralización y autonomía de los departamentos, los cuales están llamados a garantizar la “participación de la región en el desarrollo de las actividades de los organismos nacionales y de coordinación de los servicios que prestan los establecimientos de los departamentos”.

4.4.3. Pero además, porque mientras el concurso de méritos que se realiza para designar a quien habrá de ocupar el cargo de gerente de una Empresa Social del Estado, se rige por lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, distinto es el asunto sometido al examen de la Sala, porque no se discute aquí la aplicación de una norma de rango legal, sino la atribución constitucional conferida a los gobernadores de escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento y, tratándose de una norma de rango constitucional, no puede la Sala desconocerla.» (Subrayado fuera de texto).

Conforme con el marco legal y jurisprudencial que se ha dejado transcrito, los gobernadores cuentan con una atribución constitucional para escoger libremente entre los ternados enviados por el jefe nacional respectivo, a los directores o gerentes regionales o seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento.

Por otro lado, la Ley 909 de 2004, en relación con la forma de retiro a través de la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción en el artículo 41, expresa:

“ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

(...)

PARÁGRAFO 2. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”. (Negrita y subrayado fuera del texto).

Conforme a lo anterior, la insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio y es producto de la facultad discrecional de remoción de la cual están investidas las autoridades nominadoras, con el propósito de hacer cesar la vinculación con el empleo para el cual un servidor fue designado. Es importante indicarle que, a la decisión de declaratoria de insubsistencia, ha de llegarse cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad.

Sobre el tema, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado No. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006. M.P. Tarsicio Cáceres Toro, afirmó:

“La insubsistencia del nombramiento es una figura a la que se recurre cuando la autoridad nominadora lo considera conveniente, en aras del mejoramiento del buen servicio. Sabido es que una medida de tal naturaleza se supone inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la función pública, y que el acto administrativo contentivo de una manifestación de voluntad, como la que se controvierte, goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente, aunque puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario”

Así mismo, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia No. 4425-2004 del 4 de noviembre de 2008, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, señaló:

“En cuanto a los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción, la Sala reitera su criterio jurisprudencial, según el cual, dada la forma en que se realiza el ingreso, asimismo puede la administración en cualquier tiempo declarar la insubsistencia, a través de acto administrativo que no requiere motivación alguna. No obstante, la justificación del retiro debe propender por la búsqueda de mejorar el servicio de la entidad pública y los intereses generales que deben predominar en la función pública.

Dicho objetivo es una presunción que la ley le otorga a estos actos, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón, se desmejoró el servicio”. (Subrayado fuera de texto)

En conclusión, esta Dirección Jurídica considera que es un requisito sine qua non la presencia de tres aspirantes (una terna) para elegir al gerente seccional. Por otro lado, y para el caso en concreto es procedente según la normativa indicada anteriormente realizar un proceso meritocrático para proveer el cargo de Gerente Seccional, teniendo en cuenta que el hecho que el actual director seccional haya sido designado anteriormente por un proceso meritocrático no modifica o muta la naturaleza del cargo, el cual es de libre nombramiento y remoción.

Por otro lado, con relación a su segundo interrogante, de conformidad con el Artículo 2.2.11.1.2 del Decreto 1083 de 2015, para el caso objeto de estudio, esta Dirección Jurídica considera que la designación del nuevo gerente implica la declaratoria de insubsistencia del empleado de libre nombramiento y remoción que desempeñaba el cargo; lo cual obedece a la facultad discrecional del nominador, que deberá estar fundada en la necesidad de mejoramiento del servicio y en el derecho de escoger a sus colaboradores por tratarse, de cargos de dirección, confianza y manejo.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Juanita Salcedo

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por la cuál se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

2 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:44:40